



GZ FSRV/0038-W/10

Referent:
Hofrat Dr. Josef Lovranich
Vordere Zollamtsstraße 7
1030 Wien
Telefon: 05 0250-577238
Fax: 05 0250 5977100

eMail: Josef.Lovranich@bmf.gv.at
DVR: 2108837

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Wien 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Dkfm. Reiner Fialik und Dir. Herbert Frantsits als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen MX, XY, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Martin Leitner, 1070 Wien, Lindengasse 38/3, über die Berufung des Beschuldigten vom 11. März 2010 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien vom 15. Dezember 2009, GZ 100000/90.305/61/2004-AFC/Cs, nach der am 2. Februar 2011 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten Amtsdirektor Erich Lindmaier sowie der Schriftführerin Diana Engelmaier durchgeführten Verhandlung zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise stattgegeben. Der Spruch des angefochtenen Bescheides wird wie folgt abgeändert:

MX ist schuldig, er hat

a) im Zeitraum Oktober 2002 bis April 2004 im Bereich des Zollamtes Wien anlässlich seiner Einreisen aus Tschechien nach Österreich über das Grenzzollamt Kleinhaußsdorf eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände sind, nämlich insgesamt 88 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild fahrlässig vorschriftswidrig, in mehreren Tathandlungen fortgesetzt, in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht und durch den Verkauf dieser Zigarren in Österreich fahrlässig die in den Vorschriften des Tabakmonopols enthaltenen Gebote und Verbote hinsichtlich des Handels mit

Monopolgegenständen verletzt (Zoll: € 114,40, Einfuhrumsatzsteuer: € 128,96, Tabaksteuer: € 90,38, insgesamt: € 334,74; Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG: € 695,20), sowie

b) im Zeitraum Mai 2004 bis September 2007 im Bereich des Zollamtes Wien abgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände sind, nämlich insgesamt 206 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild, 10 Stück Zigarren der Marke Hoyo Short Corona, 10 Stück Zigarren der Marke Romeo y Julieta-Hermosos No. 1, 10 Stück Zigarren der Marke Joya de Nicaragua (davon 1 Stück Viajante, 4 Stück Churchill, 2 Stück Antano Robusto Grande und 3 Stück Torpedos), 2 Stück Zigarren der Marke La Regenta No. 3, 2 Stück Zigarren der Marke Alonso Menendez Robusto, 3 Stück Zigarren der Marke Flor de Besana, 3 Stück Zigarren der Marke Carlos Torano (davon 1 Stück Double Corona und 2 Stück Robusto), 2 Stück Zigarren der Marke Stanislaw Robusto, 1 Stück Zigarre der Marke Davidoff Grand Cru No. 2, 2 Stück Zigarren der Marke Davidoff Short Perfectos, 2 Stück Zigarren der Marke Juan Clemente (davon 1 Stück Obelisco und 1 Stück Rothschild), 2 Stück Zigarren in Zelophan verpackt ohne Aufschrift, 4 Stück Zigarillos der Marke Davidoff (Mini Zigarillos Silber) und 19 Stück Zigarillos der Marke Zino Sumatra, in mehreren Tathandlungen fortgesetzt, anlässlich seiner Einreisen aus Tschechien über die Grenzkontrollstelle Kleinhaugsdorf fahrlässig unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht in das Steuergesetzgebiet der Republik Österreich verbracht, dadurch fahrlässig eine Abgabenverkürzung bewirkt, und durch den Verkauf der og. 206 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild in Österreich fahrlässig die in den Vorschriften des Tabakmonopols enthaltenen Gebote und Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt (Verkürzungsbetrag an Tabaksteuer: € 168,15; Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG: € 1.627,40).

Er hat dadurch

a) die Finanzvergehen der Verzollungsumgehung gemäß § 36 Abs. 1 FinStrG und des fahrlässigen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 45 Abs. 1 FinStrG sowie

b) die Finanzvergehen der fahrlässigen Abgabenverkürzung gemäß § 34 Abs. 1 FinStrG und des fahrlässigen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 45 Abs. 1 FinStrG

begangen.

Aus diesem Grund wird über ihn gemäß §§ 21 Abs. 2, 34 Abs. 4, 36 Abs. 3, 45 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe von € 500,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag verhängt.

Der Verfallsausspruch und die Auferlegung der Wertersatzstrafe wird jeweils ersatzlos aufgehoben.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG werden die Kosten des Strafverfahrens pauschal mit € 50,00 bemessen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 15. Dezember 2009, SN 2008/00192-001, erkannte der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstraßbehörde erster Instanz den Berufungswerber (Bw.) der Finanzvergehen des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a Finanzstrafgesetz (FinStrG) und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG sowie der Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs. 1 FinStrG und des teils vollendeten, teils versuchten vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß §§ 13, 44 Abs. 1 lit. a FinStrG schuldig.

Er habe

a) im Zeitraum Oktober 2002 bis April 2004 im Bereich des Zollamtes Wien anlässlich seiner Einreisen aus Tschechien nach Österreich über das Grenzzollamt Kleinhaugsdorf eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände seien, nämlich insgesamt 88 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild vorsätzlich vorschriftswidrig, in mehreren Tathandlungen fortgesetzt, in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht und durch den Verkauf in Österreich die in den Vorschriften des Tabakmonopols enthaltenen Gebote und Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt, sowie

b) im Zeitraum Mai 2004 bis September 2007 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich abgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände seien, nämlich insgesamt 206 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild, 10 Stück Zigarren Hoyo Short Corona, 10 Stück Zigarren Romeo y Julieta-Hermosos No. 1, 10 Stück Zigarren Joya de Nicaragua (davon 1 Stück Viajante, 4 Stück Churchill, 2 Stück Antano Robusto Grande und 3 Stück Torpedos), 2 Stück Zigarren La Regenta No. 3, 2 Stück Zigarren Alonso Menendez Robusto, 3 Stück Zigarren Flor de Besana, 3 Stück Zigarren Carlos Torano (davon 1 Stück Double Corona und 2 Stück Robusto), 2 Stück Zigarren Stanislaw Robusto, 1 Stück Zigarre Davidoff Grand Cru No. 2, 2 Stück Zigarren Davidoff Short Perfectos, 2 Stück Zigarren Juan Clemente (davon 1 Stück Obelisco und 1 Stück Rothschild), 2 Stück Zigarren in Zelophan verpackt ohne Aufschrift, 4 Stück Zigarillos Davidoff (Mini Zigarillos Silber) und 19 Stück

Zigarillos Zino Sumatra, in mehreren Tathandlungen fortgesetzt, anlässlich seiner Einreisen aus Tschechien über die Grenzkontrollstelle Kleinhaugsdorf unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht in das Steuergebiet der Republik Österreich verbracht und durch den tatsächlichen bzw. beabsichtigten Verkauf dieser Waren in Österreich die in den Vorschriften des Tabakmonopols enthaltenen Gebote und Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt bzw. versucht, diese zu verletzen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 35 Abs. 4, 33 Abs. 5, 44 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe von € 700,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen ausgesprochen.

Gemäß §§ 33 Abs. 6, 35 Abs. 4, 44 Abs. 3 FinStrG iVm § 17 FinStrG wurden 49 Stück der am 3. September 2007 beschlagnahmten 69 Stück Zigarren und weiters die am 3. September ebenfalls beschlagnahmten 23 Stück Zigarillos für verfallen erklärt.

Gemäß § 19 Abs. 1 FinStrG wurde dem Bw. anstelle des Verfalls von 294 Stück Zigarren eine Wertersatzstrafe von € 2.300,00 auferlegt; für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe wurde gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 70,00 bemessen.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 11. März 2010. Darin wurde im Wesentlichen wie folgt vorgebracht:

Die Finanzstrafbehörde habe nicht dargetan, dass der Bw. die Zigarren nicht verkauft, sondern bei einer Privatveranstaltung ohne jeglichen Gewinn weitergegeben habe, sodass die Einfuhr der Zigarren nie zu gewerblichen Zwecken erfolgt sei. Er habe die Zigarren stets zu privaten Zwecken in das österreichische Steuergebiet verbracht, und zwar für den eigenen Gebrauch, aber auch für Abende des Club X. Dort habe er die Zigarren aber lediglich zum Selbstkostenpreis an Besucher weitergegeben. Der Club X sei keine Verkaufsstelle für Zigarren gewesen. Jeder Besucher hätte einen Fixpreis für Abendessen und Getränke zu bezahlen gehabt. Zigarren würden meistens von den Besuchern des Club X selbst mitgebracht. Da gewisse Zigarrenspezialitäten in Österreich aber gar nicht erhältlich seien, habe der Bw. beschlossen, auch solche den Besuchern des Club X mitzubringen und zum Selbstkostenpreis zur Verfügung zu stellen. Er habe daraus jedoch niemals einen geschäftlichen Vorteil gezogen, sondern einzig und allein das Ziel verfolgt, den Besuchern des Club X exquisite Zigarren zur

Verkostung anbieten zu können. Sie seien aber vom Bw. daher auch nur in einer geringen Quantität abgegeben worden. Der Bw. habe durch die Weitergabe daher keinen finanziellen Vorteil gehabt, sodass von keinem gewerblichen oder gewerbsmäßigen Zweck ausgegangen werden könne. Kein einziger der von der Finanzstrafbehörde befragten Besucher habe bejaht, beim Bw. Zigarren bestellt oder entgegengenommen zu haben. Darüber hinaus sei festzuhalten, dass auch bei Zigarren regelmäßig Verkostungen stattfinden würden. Dabei würden auch so genannte Verkostungsnotizen angefertigt, sodass der Club X nicht darauf angelegt gewesen sei, Zigarren zu verkaufen oder zu vermarkten. Der Bw. sei als Konsulent der EC tätig gewesen und habe sich daher täglich dort aufgehalten. Der Duty-Free-Betrieb der EC habe nur bis zum 31. März 2004 oder 1. April 2004 bestanden. Danach sei der Verkauf eineinhalb Jahre praktisch vollständig zum Erliegen gekommen. Der Zigarrenshop in der EC sei erst im November 2005 wieder eröffnet worden. Somit habe der Bw. im Zeitraum April 2004 bis November 2005 keine Zigarren in Tschechien einkaufen und nach Österreich verbringen können. Die im Club X gerauchten Zigarren würden daher aus alten, privaten Zigarrenbeständen des Bw. stammen oder seien von den anwesenden Personen selbst mitgebracht worden. Auch dies sei ein Beweis dafür, dass die Finanzstrafbehörde fälschlicherweise annehme, dass der Bw. gewerblich gehandelt habe. Die Finanzstrafbehörde stelle auf Seite 3 des Erkenntnisses fest, dass der Bw. die Zigarren zum Selbstkostenpreis oder unentgeltlich feilgeboten und so keinen Profit erzielt habe. In der Begründung gehe die Finanzstrafbehörde jedoch sehr wohl von einem gewerbsmäßigen Handeln des Bw. aus. Weiters sei der Behörde entgegenzuhalten, dass die Selbstdarstellung des Bw. kein strafbares Verhalten des Bw. begründe. Der Bw. füge eine kurze Ausführung zum Thema Zigarren ein. Die Behörde habe ua. 10 Stück Zigarren der Marke Hoyo Short Corona beschlagnahmt. Es handle sich hierbei um eine limitierte Serie. Diese Zigarren seien im Jahre 2007 echte Sammlerstücke gewesen, für die der Bw. auf einer Auktion sehr hohe Preise hätte erhalten können. Als Beweis hierfür diene "Min Ron Nee, Eine illustrierte Enzyklopädie der postrevolutionären Havanna-Cigarren, über die Romeo y Julieta Hermosos No. 1, Edicion Limitada 2003, 2 S, (Beilage./2)". Der Bw. habe niemals Zigarren von Großhändlern bezogen. Es sei richtig, dass er bei Großhändlern für die R s.r.o. (EC) eingekauft habe. Bei den Preislisten handle es sich ebenfalls um solche der EC bzw. um internationale Vergleichspreise. Für die Aussendungen der EC habe der Bw. regelmäßig solche Vergleichspreise aller dort erhältlichen Zigarren mit den Preisen in Österreich und Deutschland erarbeitet und eine derartige Liste auch zu dem Zigarrenabend am 3. September 2007 mitgenommen. Zusätzlich habe der Bw. eine Liste des Schweizer Großhändlers S-AG, bei dem die EC Zigarren beziehe, mitgenommen. Solche Preislisten habe der Bw. nur gelegentlich mitgebracht und diese hätten

lediglich der Information der Zigarrenfreunde gedient. Die Schweiz sei aus steuerlichen Gründen und wegen des dort bestehenden Konkurrenzangebots ein besonders aufschlussreiches Vergleichsland für Zigarrenpreise. Die Feststellung der Behörde, dass der Bw. Bestelllisten entgegen genommen habe, sei aktenwidrig. Es sei lediglich manchmal mit GP oder anderen Clubmitgliedern vorab besprochen worden, welche Zigarren mitgebracht würden. Die Behörde übersehe außerdem, dass sich der Bw. geweigert habe, die Einvernahme zu unterfertigen, weshalb sie ihre Begründung aktenwidrig auf seine angeblich objektiv geständige Verantwortung stütze. Der Bw. habe lediglich an der Aufklärung des Sachverhalts mitgewirkt, jedoch ohne irgendetwas zu gestehen. Darüber hinaus werte die Behörde den Wunsch des Bw., sich mit finanzstrafrechtlich versierten Anwälten abzusprechen, rechtsirrig als bedingten Vorsatz. Dies widerspreche dem in § 84 Abs. 2 FinStrG normierten Recht des Beschuldigten, seiner Vernehmung einen Verteidiger beizuziehen, und zudem dem Grundrecht auf ein faires Verfahren nach Art. 6 EMRK. In seiner tautologischen Begründung nehme dies fast schon inquisitorische Züge an, so nach dem Motto, dass jemand, der sich einen Anwalt nehmen müsse, wohl ein schlechtes Gewissen haben müsse. Die Beamten hätten während der gesamten Vernehmung keinen Zweifel daran aufkommen lassen, dass der Bw. für sie schuldig sei. Die Beiziehung eines Anwalts sei daher schon deswegen unumgänglich gewesen, um seine Rechte zu wahren. Abgesehen davon sei ein bedingter Vorsatz aber daraus auch keineswegs abzuleiten gewesen. Der Bw. habe sich vielmehr in dieser Situation sehr eindringlich die Frage gestellt, welche juristische Festlegung hinter den Fragen der Beamten verborgen sein könnte. Der Bw. habe nicht rechtswidrig gehandelt. Die Zigarren seien zu keinem Zeitpunkt für gewerbliche Zwecke bestimmt und daher gemäß § 29 Tabaksteuergesetz 1995 (TabStG 1995) steuerfrei gewesen. Gewerblichkeit liege deswegen nicht vor, da keine planmäßige wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Gewinnen vorliege. Auch Gewerbsmäßigkeit liege nicht vor. Gewerbsmäßig sei nämlich nur eine auf Dauer angelegte, planmäßige, wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Gewinnen. Es werde in den maßgeblichen Kommentaren zum FinStrG ausdrücklich auf § 70 StGB verwiesen, der auf die Absicht, sich zu bereichern, abstelle. Dem Bw. sei es aber gerade nicht darauf angekommen, sich durch die Einfuhr von Zigarren eine Einkommensquelle zu verschaffen. Die Behörde habe zudem festgestellt, dass ihm lediglich bedingter Vorsatz anzulasten wäre. Nach § 5 Abs. 4 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996) sei nur das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen verboten. Laut der Gesetzesdefinition müsse es neben einem Handel, der ein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen darstelle, auch einen Handel geben, der kein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen darstelle. Der Verkauf ohne Gewinnerzielungsabsicht sei jedenfalls ein solcher nicht gewerbsmäßiger oder nicht gewerblicher Handel bzw. ein nicht

gewerbsmäßiges oder nicht gewerbliches Inverkehrbringen. Dieser Weiterverkauf ohne Gewinnerzielungsabsicht sei daher nach § 5 Abs. 3 TabMG 1996 zulässig. § 29 TabStG 1995 unterscheide zudem nur zwischen der Einfuhr zu gewerblichen und zu privaten Zwecken, treffe jedoch keine Aussage darüber, dass der private Verbrauch nur im Eigenverbrauch liegen müsse. Ein nicht gewerbsmäßiger Handel im Sinne des § 5 Abs. 3 und Abs. 4 TabMG 1996 sei zulässig. Ein solcher Handel stelle somit klarerweise einen privaten Verbrauch dar. Da der Bw. die Zigarren nur für private Zwecke eingeführt habe, habe er somit keine Abgabenhinterziehung begangen. Auch Art. 45 Zollbefreiungsverordnung (ZBefrVO) unterscheide lediglich zwischen persönlichem Gebrauch und kommerziellen Interessen. Der Bw. habe außerdem niemals, auch nicht solange die Übergangsregelung des § 29a TabStG 1995 gegolten habe, die darin festgelegte Höchstmenge von fünf Zigarren überschritten. Auch danach habe er Zigarren lediglich in geringen Quantitäten nach Österreich verbracht, da diese nur der Verkostung im Rahmen des Club X gedient hätten. Die Zurechnung von Vorsatz setze Unrechtsbewusstsein des Täters voraus (OGH 7.6.1982, 12 Os 32/82). Der Vorsatz müsse sich sowohl auf die Verbringung der Ware in das Zollgebiet als auch auf die Eingangsabgabepflicht der Ware beziehen. Da keine Steuerpflicht für die verbrachten Zigarren bestanden habe und der Bw. zudem nicht vorsätzlich gehandelt habe, könne dem Bw. kein Schmuggel nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG zur Last gelegt werden. Der Vorsatz müsse sich nicht nur auf die Rechtsverletzung, sondern auch auf die Vorteilsbeschaffung beziehen (Seewald/Harbach in Dorazil/Harbach, FinStrG, 2007, § 44 Anm 2). Der Gesetzeswortlaut halte ausdrücklich fest, dass der Handel mit Erzeugnissen, für die Tabaksteuer entrichtet worden sei oder die von der Tabaksteuer befreit seien, keinen Eingriff in die Monopolrechte darstellen würden. § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG beziehe sich, soweit es um Zigarren gehe, auf die Bestimmungen des TabMG 1996 (OGH 16.3.2006, 15 Os 136/05x). Festzuhalten sei, dass die Bestimmung des § 5 TabMG 1996 sowohl in sich widersprüchlich als auch unbestimmt sei. Sie verbiete einerseits das gewerbliche Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen, behalte andererseits überhaupt den Handel mit Tabakerzeugnissen den Trafikanten vor. Das Gesetz suggeriere damit und werde von den Behörden daher in unvertretbarer Rechtsansicht dahingehend ausgelegt, dass es Privatpersonen nicht einmal erlaubt sei, legal erworbene Zigarren im Einzelfall zu tauschen oder zum Selbstkostenpreis abzugeben, ohne dass damit die Intensität oder/und das Gewinnstreben eines Tabakverschleißes erreicht werde. Entweder sei § 5 TabMG 1996 verfassungswidrig, weil die Bestimmung in unverhältnismäßiger Art und Weise in die Privatsphäre des Einzelnen hineinreiche, ohne damit zugleich einen gerechtfertigten Schutz von Tabaktrafikanen zu gewähren. Oder die Behörde habe der Bestimmung einen verfassungswidrigen Inhalt im Sinne eines unverhältnismäßigen Eingriffes in die Privatsphäre

und des Privateigentums unterstellt. Denn die Zigarren seien Eigentum des Bw. gewesen und ob er diese rauche, aufesse, verschenke, verbrenne oder Freunden im Einzelfall zum Selbstkostenpreis überlasse, berühre nicht im Geringsten das Tabakvertriebsmonopol der Trafikanten. Es müsse nach § 5 Abs. 4 TabMG 1996 neben einem Handel, der ein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen darstelle, auch einen Handel geben, der kein gewerbsmäßiges Inverkehrbringen sei. Der Weiterverkauf ohne Gewinnerzielungsabsicht sei nach § 5 Abs. 3 TabMG 1996 zulässig. Wenn die Behörde vorbringe, dass es bei der Beurteilung als Handel im Sinne des TabMG 1996 unerheblich sei, ob ein Profit erzielt werde, da ein Verkauf von Tabakwaren einem bestimmten Personenkreis, nämlich den Tabaktrafikanten, vorbehalten sei, setze sie sich zudem über den ausdrücklichen Gesetzeswortlaut hinweg, der explizit vom gewerbsmäßigen Inverkehrbringen spreche (OGH 26.9.2006, 11 Os 86/06s). Der Bw. habe in Österreich nie Zigarren gewerbsmäßig verkauft. Vielmehr habe er nur vereinzelt Zigarren zum Unkostenbeitrag und ohne jeglichen Aufschlag an interessierte Clubmitglieder zur Verkostung weitergegeben. Dieses Vorbringen werde auch von der Aussage des Veranstalters GP unterstützt. Die Behörde stütze sich fälschlicherweise auf die rein abgabenrechtliche Entscheidung des Unabhängigen Finanzsenates (UFS) vom 24. Februar 2009. Diese sei einerseits nicht rechtskräftig, andererseits sei Gegenstand dieser Entscheidung die Beurteilung eines abgabenrechtlichen Sachverhalts und nicht die Beurteilung, ob ein Eingriff in das TabMG 1996 vorliege. Gerade dann, wenn die Behörde im angefochtenen Erkenntnis davon ausgehe, dass der Bw. weder Profit erzielt noch angestrebt habe, könne sie sich doch nicht auf dieses Erkenntnis berufen, das von gegenteiligen Prämissen ausgehe. Aus dem Gesetz ergebe sich nicht, dass die Verbrauchsteuerbefreiung auch dann entfalle, wenn der Importeur mit den Tabakwaren zwar keinen Gewinn erziele und auch keine Gewinnerzielung beabsichtige, sondern die Zigarren, anstatt sie selber zu konsumieren, an Dritte weitergebe. In diesem Zusammenhang gebe es auch keine einschlägige Judikatur oder veröffentlichte Richtlinien von Behörden, die der Bw. hätte kennen müssen. Seine Rechtsansicht könne daher auch nicht als unvertretbar angesehen werden. Schließlich sei es häufige Praxis, dass zollfrei eingeführte Waren mitgebracht würden. Dass im Rahmen der Reisefreiheit eingeführte Waren stets vom Reisenden verbraucht werden müssten und nicht weitergeschenkt oder Freunden zum Selbstkostenpreis zur Verfügung gestellt werden dürften, sei dem Bw. nicht bekannt gewesen. Ein gegen den Bw. erhobener Vorwurf dieser Art habe "Ende 2001" mit der Einstellung des Verfahrens geendet. Der Bw. habe daher davon ausgehen dürfen, dass seine Rechtsansicht zutreffend sei. Die Rechtsansicht des BM für Finanzen, dass die nach der EU-Richtlinie festgesetzten Richtmengen zum privaten Gebrauch mit einem Eigenverbrauch festzusetzen seien, sei dem

Bw. erst am 19. Oktober 2007 bekannt geworden. Da sich diese Rechtsansicht nicht aus der Judikatur ergebe und sowohl dem Gesetzeswortlaut als auch der EU-Richtlinie widerspreche, der Bw. aber davon habe ausgehen können, dass ein privater Verbrauch nicht auf den Eigenverbrauch beschränkt sei, liege jedenfalls ein entschuldbarer Irrtum gemäß § 9 FinStrG vor, der die Strafbarkeit ausschließe. Zudem sei die Norm des § 5 TabMG 1996 in sich widersprüchlich und unbestimmt, weshalb dem Bw. auch nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, diese Bestimmung nicht richtig gedeutet zu haben. Insofern stelle § 5 TabMG 1996 einen Grenzfall dar. Unterstelle man dieser Norm den Zweck des Schutzes der Tabaktrafikanten, so habe der Bw. gegen diesen Schutzzweck gerade nicht verstoßen. Den Besuchern des Club 25 sei es gerade darauf angekommen, exquisite Zigarren kennen zu lernen, die dann bei Gefallen entweder bei Trafikanten oder im Ausland erworben worden seien. In diesem Zusammenhang seien auch die Ausführungen auf Seite 3 des angefochtenen Erkenntnisses unrichtig und un schlüssig, dass es hinsichtlich der Beurteilung eines entschuld baren Irrtums darauf ankomme, ob sich Günther Pollack darüber Gedanken gemacht habe, ob die Zigarrenverkäufe bei den Clubabenden möglicherweise gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen würden. Daraus könne nicht gefolgert werden, dass ein Rechtsirrtum des Bw. auszuschließen sei.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gemäß § 34 Abs. 1 FinStrG macht sich der fahrlässigen Abgabenverkürzung schuldig, wer die im § 33 Abs. 1 bezeichnete Tat fahrlässig begeht; § 33 Abs. 3 gilt entsprechend.

Gemäß § 36 Abs. 1 FinStrG macht sich der Verzollungsumgehung schuldig, wer die im § 35 Abs. 1 bezeichnete Tat fahrlässig begeht.

Gemäß § 45 Abs. 1 FinStrG macht sich des fahrlässigen Eingriffes in Monopolrechte schuldig, wer die im § 44 bezeichneten Handlungen und Unterlassungen fahrlässig begeht.

Gemäß § 8 Abs. 2 FinStrG handelt fahrlässig, wer die Sorgfalt außer acht lässt, zu der er nach den Umständen verpflichtet und nach seinen geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt ist und die ihm zuzumuten ist, und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könne, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Fahrlässig handelt auch, wer es für möglich hält, dass er einen solchen Sachverhalt verwirkliche, ihn aber nicht herbeiführen will.

Gemäß § 9 FinStrG wird dem Täter weder Vorsatz noch Fahrlässigkeit zugerechnet, wenn ihm bei einer Tat ein entschuldbarer Irrtum unterliefe, der ihn das Vergehen oder das darin

liegende Unrecht nicht erkennen ließ; ist der Irrtum unentschuldbar, so ist dem Täter Fahrlässigkeit zuzurechnen. Dem Täter wird Fahrlässigkeit auch dann nicht zugerechnet, wenn ihm bei der Tat eine entschuldbare Fehlleistung unterlief.

Gemäß Art. 45 Abs. 1 ZBefrVO sind von den Eingangsabgaben vorbehaltlich der Artikel 46 bis 49 die aus einem Drittland eingeführten Waren im persönlichen Gepäck von Reisenden befreit, sofern es sich um Einfuhren ohne kommerziellen Charakter handelt.

Gemäß Art. 45 Abs. 2 lit. b ZBefrVO gelten als "Einfuhren ohne kommerziellen Charakter": Einfuhren, die

- gelegentlich erfolgen und
- sich ausschließlich aus Waren zusammensetzen, die zum persönlichen Gebrauch oder Verbrauch von Reisenden oder den Angehörigen ihres Haushalts oder als Geschenk bestimmt sind; dabei dürfen diese Waren weder ihrer Art oder ihrer Menge nach zu der Besorgnis Anlass geben, dass die Einfuhr aus geschäftlichen Gründen erfolgt.

Werden Tabakwaren aus dem freien Verkehr eines Mitgliedstaates zu gewerblichen Zwecken bezogen, entsteht gemäß § 27 Abs. 1 Z 2 erster Satz TabStG 1995 idF BGBl. I Nr. 124/2003 die Steuerschuld dadurch, dass der Bezieher die außerhalb des Steuergebietes in Empfang genommenen Tabakwaren in das Steuergebiet verbringt oder verbringen lässt.

Wer Tabakwaren nach den Abs. 1 oder 2 beziehen, in Gewahrsame halten oder verwenden will, hat dies gemäß § 27 Abs. 3 TabStG 1995 idF BGBl. I Nr. 124/2003 dem Hauptzollamt, in dessen Bereich er seinen Geschäfts- oder Wohnsitz hat, vorher anzuzeigen und für die Steuer Sicherheit zu leisten. Hat der Anzeigepflichtige keinen Geschäfts- oder Wohnsitz im Steuergebiet, ist die Anzeige beim Zollamt Innsbruck zu erstatten.

Gemäß § 27 Abs. 5 TabStG 1995 idF BGBl. I Nr. 124/2003 hat der Steuerschuldner für die Tabakwaren, für die die Steuerschuld entstanden ist, unverzüglich bei dem Hauptzollamt, in dessen Bereich der Steuerschuldner seinen Geschäfts- oder Wohnsitz hat, in Ermangelung eines solchen, beim Zollamt Innsbruck, eine Steueranmeldung abzugeben, die Steuer zu berechnen und diese spätestens am 25. des auf das Entstehen der Steuerschuld folgenden Kalendermonats zu entrichten. Wird das Verfahren nach Abs. 3 nicht eingehalten, ist die Steuer unverzüglich zu entrichten. Hat in diesen Fällen der Steuerschuldner keinen Geschäfts- oder Wohnsitz im Steuergebiet, ist das als erstes befassende Zollamt zuständig.

Gemäß § 29 Abs. 1 TabStG 1995 idF BGBl. Nr. 427/1996 sind Tabakwaren, die eine natürliche Person für den eigenen Bedarf in einem anderen Mitgliedstaat im freien Verkehr erwirbt und

selbst in das Steuergebiet verbringt, steuerfrei, wenn diese für private und nicht für gewerbliche Zwecke bestimmt sind.

Bei der Beurteilung, ob Tabakwaren nach Abs. 1 zu privaten oder nach § 27 zu gewerblichen Zwecken bezogen, in Gewahrsame gehalten oder verwendet werden, sind gemäß § 29 Abs. 2 TabStG 1995 idF BGBl. Nr. 427/1996 die nachstehenden Umstände zu berücksichtigen:

1. handelsrechtliche Stellung und Gründe des Inhabers für die Gewahrsame an den Tabakwaren;
2. der Ort, an dem sich die Tabakwaren befinden, oder die Art der Beförderung;
3. Unterlagen über die Tabakwaren;
4. die Menge und Beschaffenheit der Tabakwaren.

Gemäß § 29 Abs. 3 TabStG 1995 idF BGBl. Nr. 427/1996 entsteht die Steuerschuld für Tabakwaren, die nicht steuerfrei sind, mit dem Verbringen in das Steuergebiet.

Steuerschuldner ist die natürliche Person, die die Tabakwaren in das Steuergebiet verbringt oder durch einen nicht gewerblich tätig werdenden Beförderer verbringen lässt. Es gelten die Bestimmungen des § 27 Abs. 3 bis 5.

Gemäß § 29a Abs. 2 TabStG 1995 idF BGBl. I Nr. 124/2003 ist abweichend von Abs. 1 die Verbrauchsteuerbefreiung für Tabakwaren, die im persönlichen Gepäck von Reisenden eingeführt werden, die ihren normalen Wohnsitz im Steuergebiet haben, und die über eine Landgrenze oder auf einem Binnengewässer unmittelbar in das Steuergebiet einreisen, während der Dauer der in § 44f Abs. 2 genannten Übergangsfristen beschränkt auf

1. 25 Stück Zigaretten oder 5 Stück Zigarren oder 10 Stück Zigarillos oder 25 Gramm Rauchtabak oder eine anteilige Zusammenstellung dieser Waren bis zu 25 Gramm bei der Einreise aus der Tschechischen Republik,
2. 25 Stück Zigaretten bei der Einreise aus der Slowakischen Republik, der Republik Slowenien oder der Republik Ungarn.

Gemäß § 29a Abs. 3 TabStG 1995 idF BGBl. I Nr. 124/2003 entsteht die Steuerschuld für Tabakwaren, die nicht steuerfrei sind, mit dem Verbringen in das Steuergebiet.

Steuerschuldner ist die natürliche Person, die die Tabakwaren in das Steuergebiet verbringt.

Die die Freimengen nach Abs. 1 und Abs. 2 überschreitenden Mengen sind unverzüglich anzumelden. Die Vorschreibung der Tabaksteuer erfolgt mit Bescheid des zuständigen Zollamtes und ist innerhalb der festgesetzten Frist zu entrichten. Örtlich zuständig ist jenes

Zollamt, in dessen Bereich die Steuerschuld entstanden ist. Kann ein solcher Ort nicht festgestellt werden, so ist jenes Zollamt örtlich zuständig, das als erstes mit der Sache befasst wird.

Gemäß § 1 Abs. 1 TabMG 1996 sind Tabakerzeugnisse im Monopolgebiet nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes dem Bund als Monopolgegenstände vorbehalten.

Gemäß § 5 Abs. 3 TabMG 1996 ist der Handel mit Tabakerzeugnissen verboten, soweit er nicht auf Grund einer Bestellung zum Tabaktrafikanten oder einer Bewilligung als Großhändler (§ 6) betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

Handel im Sinne des Abs. 3 ist das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet (§ 5 Abs. 4 TabMG 1996).

Es ist von folgendem Sachverhalt auszugehen:

Der Bw. war ehemals in der EC in Tschechien für RS als Geschäftsführer im Zigarrenbereich und schließlich als Konsulent für die R s.r.o. tätig. Er beriet als ausgewiesener Experte für Zigarren die R s.r.o. bei der Auswahl und bei der Lagerung der im Shop der R s.r.o. in der EC verkauften Zigarren. Weiters verfügte er über ausgezeichnete Kontakte zu Lieferanten. Es war auch seine Aufgabe, die Kontakte zwischen der R s.r.o. und den Lieferanten herzustellen und Bestellungen gemeinsam mit der R s.r.o. abzuwickeln. Der Bw. machte weiters den Einkauf, die Kalkulation sowie die Werbung durch die Aussendung von Preislisten und Informationen. Weiters schlug er vor, in welchem Medium in welcher Form geworben wurde.

Der Bw. war auch Gründungsmitglied des Club X. Die erste Clubveranstaltung fand im November 2002 im Hotel X in Wien statt.

Der Bw. kaufte die Zigarren und Zigarillos im genannten Shop der R s.r.o. Der Bw. kam immer mit dem PKW zu den Clubabenden und hatte immer eine Tasche bei sich, in der sich die zu verlosenden Preise, die Zigarillos zwei Humidore für die kubanischen und nichtkubanischen Zigarren und Preislisten, ua. aus der EC, befanden. Die Humidore, Zigarillos, die Preise, die Preislisten und eine Wechselgeldkassa wurden auf einem eigenen Tisch aufgestellt. Dort konnten die Gäste, von denen die ersten jeweils um ca. 19:00 Uhr eintrafen, vom Bw. Zigarren und Zigarillos entgeltlich erwerben. Die vom Bw. angebotenen Zigarren waren bis zu 40 % günstiger als die in Österreich käuflichen Zigarren. Nach dem Essen wurden die von der EC zur Verfügung gestellten Preise verlost. Im Normalfall handelte es sich um drei Zigarrenpreise von je vier bis fünf Stück und beim vierten und fünften Preis um eine Flasche

Whisky und eine Flasche Rum. Die Clubabende waren ua. Werbeabende für die EC. Der Bw. gab bei diesen Clubtreffen bekannt, dass die Preise aus der EC stammen würden.

Im Zeitraum Oktober 2002 bis April 2004 verbrachte der Bw. 88 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild anlässlich seiner Einreisen mit dem PKW nach Österreich beim Grenzzollamt Kleinhaugsdorf ohne Kontaktaufnahme mit dem genannten Zollamt von Tschechien nach Österreich und veräußerte dort diese Zigarren an 27 Gäste der genannten Clubveranstaltungen im Hotel X.

Im Zeitraum Mai 2004 bis September 2007 verbrachte der Bw. 206 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild, 10 Stück Zigarren der Marke Hoyo Short Corona, 10 Stück Zigarren der Marke Romeo y Julieta-Hermosos No. 1, 10 Stück Zigarren der Marke Joya de Nicaragua (davon 1 Stück Viajante, 4 Stück Churchill, 2 Stück Antano Robusto Grande und 3 Stück Torpedos), 2 Stück Zigarren der Marke La Regenta No. 3, 2 Stück Zigarren der Marke Alonso Menendez Robusto, 3 Stück Zigarren der Marke Flor de Besana, 3 Stück Zigarren der Marke Carlos Torano (davon 1 Stück Double Corona und 2 Stück Robusto), 2 Stück Zigarren der Marke Stanislaw Robusto, 1 Stück Zigarre der Marke Davidoff Grand Cru No. 2, 2 Stück Zigarren der Marke Davidoff Short Perfectos, 2 Stück Zigarren der Marke Juan Clemente (davon 1 Stück Obelisco und 1 Stück Rothschild), 2 Stück Zigarren in Zelophan verpackt ohne Aufschrift, 4 Stück Zigarillos der Marke Davidoff (Mini Zigarillos Silber) und 19 Stück Zigarillos der Marke Zino Sumatra anlässlich seiner Einreisen mit dem PKW nach Österreich bei der Grenzkontrollstelle Kleinhaugsdorf von Tschechien nach Österreich, ohne dies der Grenzkontrollstelle oder einem Zollamt bekannt zu geben, und veräußerte die og. 206 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild an 27 Gäste der genannten Clubveranstaltungen im Hotel X. Die Veräußerung der übrigen Zigarren und der Zigarillos durch den Bw. wurde durch das Einschreiten der Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz am 3. September 2007 im Hotel X verhindert.

Am 10. März 2004 langte beim Zollamt Wien im Wege des BM für Finanzen eine Anzeige des Bundesgremiums der Tabaktrafikanten ein. Es wurde angezeigt, dass im Hotel X im Rahmen von regelmäßigen Veranstaltungen von der Fa. Y/Genf gelieferte Zigarren um 50 % billiger als in der Trafik zum Verkauf angeboten würden.

Am 3. September 2007 beschlagnahmten Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Restaurant Y des Hotels X beim Bw. anlässlich eines Club X-Treffens 69 Zigarren, 23 Zigarillos, zwei Humidore, Prospekte, Preislisten und einen Bargelddbetrag in Höhe von € 243,00.

Der Bw. sagte am 3. September 2007 anlässlich seiner Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Wesentlichen wie folgt aus:

Er betreue die Zigarren in der EC in Tschechien, die seit 2005 dort wieder verkauft würden. Der Bw. mache als Konsulent der R s.r.o., die Eigentümerin der E s.r.o. sei, den Einkauf, die Kalkulation sowie die Werbung durch die Aussendung von Preislisten und Informationen. Weiters schlage er vor, in welchem Medium in welcher Form geworben werde. Die Anregung zur Gründung des Club X, der bereits mehrere Jahre bestehe, stamme vom damaligen Generaldirektor des Hotels X, der selbst Zigarrenraucher sei. Diese Anregung sei auf rein privater Basis erfolgt. Die Zahl 25 leite sich von der Menge an Zigarren, die sich gewöhnlich in einer Zigarrenkiste befinden würden, ab. Weiters sei daran gedacht worden, nicht mehr als 25 Personen zu solchen Veranstaltungen einzuladen, um eine angenehme Konversation zu ermöglichen. Die beschlagnahmten Zigarren und Zigarillos würden dem Bw. gehören. Der größte Teil sei vom Bw. in den vergangenen zwei Monaten in mehreren Partien per PKW nach Österreich gebracht worden. Im Prinzip habe der Bw. die Zigarren und Zigarillos in Absprache mit Clubmitgliedern ausgesucht. Das Ziel sei die Präsentation echter Raritäten oder besonders gelungener Zigarren. Eine endgültige Beantwortung der Frage, ob der Bw. die Zigarren hier verkauft oder ob er sie im Auftrag gekauft und das Geld im Nachhinein eingesammelt habe, behalte sich der Bw. vor, da die Beantwortung auch juristische Konsequenzen habe. Er wolle diese vorher mit seinen Anwälten besprechen, da beide Interpretationen möglich seien, ohne dass der Wahrheitsgehalt verloren gehe.

Die Einvernahme wurde für die Dauer eines Gespräches des Bw. "mit einem rechtskundigen Freund" unterbrochen. Der Bw. sprach mit RM, der sich unter den Gästen des Clubabends befand.

Nach der Unterbrechung gab der Bw. bekannt, dass er nunmehr nicht mehr anwaltlich vertreten sei. Weiters sagte der Bw. aus, dass die beschlagnahmten Zigarren im Prinzip von Clubmitgliedern bestellt worden seien und dass er die bei den Clubtreffen präsentierten Zigarren zum Teil auch verschenke.

Befragt, woher der auf dem Präsentationstisch sichergestellte Bargeldbetrag in Höhe von € 243,00 stamme, erklärte der Bw., dass er keine Antworten mehr gebe, da er mit steuer- und finanzstrafrechtlich versierten Anwälten über die "Konsequenzen und Formulierungen" sprechen wolle.

GP sagte am 3. September 2007 anlässlich seiner Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Wesentlichen wie folgt aus:

Ca. drei bis vier Jahre zuvor, im Zuge des Umbaues des Hotels X1, in dem im Restaurant "S" ein regelmäßiger Zigarrenabend stattgefunden habe, sei er vom ehemaligen Generaldirektor der Hotelkette XH in Österreich ersucht worden, im Hotel X einen Zigarrenclub zu gründen. Mit dem damaligen Küchenchef und dem genannten Generaldirektor habe er sich zusammengesetzt und in der Folge ihm bekannten Zigarrenrauchern mittels E-Mail bekannt gegeben, dass jeden ersten Montag im Monat ein Treffen des Club X im Hotel X stattfinden würde. Der Bw. sei auch Gründungsmitglied des Club X. Der Verdächtige habe im Gegensatz zu den übrigen Besuchern des Club X für das Essen nichts bezahlen müssen und gelegentlich vom Bw. eine Zigarre geschenkt bekommen. Die beschlagnahmten Zigarren und Zigarillos würden nicht dem Verdächtigen gehören und er habe mit dem Verkauf der Zigarren nichts zu tun. Der Verdächtige habe 35- bis 40-mal derartige Clubabende organisiert. Er habe den Bw. beim Zigarrenabend im Restaurant "S" im ehemaligen Kellerlokal des Hotels X1 kennen gelernt. Es hätten dort an jedem dritten Donnerstag im Monat Zigarrenabende stattgefunden, wobei der Bw. dort die E s.r.o. präsentiert und kurze Vorträge über Zigarren gehalten habe. Bei diesen Zigarrenabenden seien weiters Preislisten der E s.r.o. aufgelegt. Die Zigarren seien damals von einem Wiener Trafikanten geliefert worden. Beim Club X handle es sich um ein lockeres Treffen von Genießern und "eine Werbung" für die E s.r.o., die den zu verlosenden Preis in Form von Zigarren und Whisky zur Verfügung stelle. Die Clubmitglieder könnten beim Bw. Zigarren zum Selbstkostenpreis erwerben. Die genannten Preislisten würden der Werbung für die E s.r.o. dienen. Am 3. September 2007 seien ca. 12 Doppelpackungen zu je 2 Stück Zigarren umgesetzt worden. Beim Eingang in den Speisesaal zahle jeder Besucher € 54,00. Sofern jemand Zigarren wolle, müsse er diese beim Bw. bezahlen. Der Bw. sei ursprünglich Journalist gewesen und habe dann das Zigarrenrauchen für sich entdeckt. In der Folge sei er in der EC für RS als Geschäftsführer im Zigarrenbereich tätig gewesen. Nachdem gegen den Bw. intrigiert worden sei, habe der Bw. die EC verlassen. Der Zigarrenverkauf sei als Folge davon beinahe zusammengebrochen und der Bw. sei gebeten worden, wieder für die E s.r.o. tätig zu werden. Der Bw. sei seither wieder als Konsulent für die E s.r.o. tätig und mache für diese Werbung. Deshalb seien bei den Clubabenden immer wieder Preislisten aufgelegt. Die im Club X angebotenen Zigarren seien bis zu 40 % günstiger als die in Österreich käuflichen Zigarren gewesen. Der Verdächtige organisiere nur das Clubtreffen und erziele dabei keinen wirtschaftlichen Gewinn. Er habe auf seinem Arbeits-PC in der Y-Bank eine spezielle Datei über die Clubmitglieder. Der Verdächtige habe sich zwar Gedanken darüber gemacht, ob die Clubabende gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen könnten, mit dem Zigarrenverkauf habe er jedoch nichts zu tun. Die Verlosungen würden an jedem Clubabend stattfinden.

Mit E-Mail vom 6. September 2007 gab GP der Finanzstrafbehörde erster Instanz E-Mail-Adressen von Teilnehmern/-innen der Clubveranstaltungen bekannt.

WB, PB, DP, AC, GD, RE, WG, FK, WH, MK, GM, HM, AP, MR, CS, GS, AS und OW gaben mittels Rechtfertigungen gemäß § 116 FinStrG im September und Oktober 2007, AB, DG, KG, LW, EH, MH, RM, MS und WS anlässlich ihrer Einvernahmen als Verdächtige durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im November und Dezember 2007 sowie im Juni 2008 an, dass sie bzw. in einem Fall ein Ehegatte (JP) einer der og. Besucherinnen vom Bw. bei den genannten Clubtreffen bis zum 30. April 2004 insgesamt mindestens 88 Stück Zigarren und ab dem 1. Mai 2004 insgesamt mindestens 206 Stück Zigarren gekauft hätten.

Anlässlich der am 12. September 2007 fortgesetzten Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz sagte GP im Wesentlichen wie folgt aus:

Die erste Clubveranstaltung habe im November 2002 im Hotel X stattgefunden. Der Bw. sei damals anwesend gewesen. Der Bw. komme immer mit dem PKW zu den Clubabenden und habe eine Tasche bei sich. In dieser würden sich die zu verlosenden Preise und zwei Humidore für die kubanischen und nichtkubanischen Zigarren befinden. Der Bw., der die Zahl der Reservierungen vom Verdächtigen erfahre, nehme pro Reservierung zwei Stück Zigarren mit. Die Zigarren, die Preise, die Preislisten aus der EC und eine Wechselgeldkassa würden auf einem eigenen Tisch aufgestellt. Sobald der Stand aufgebaut sei, könnten die Gäste, von denen die ersten um ca. 19:00 Uhr eintreffen würden, dort vom Bw. Zigarren entgeltlich erwerben. Diese würden je nach Sorte zwischen € 14,00 und € 17,00 pro Paar kosten. Zwischenzeitlich werde das Essen serviert. Während des Essens halte der Verdächtige eine kurze Einführungsrede und übergebe das Wort an den Bw., der einen kurzen Fachvortrag über Zigarren halte. Nach dem Essen würden die von der EC zur Verfügung gestellten Preise verlost. Im Normalfall handle es sich um drei Zigarrenpreise von je vier bis fünf Stück und beim vierten und fünften Preis um eine Flasche Whisky und eine Flasche Rum. Der Verdächtige gehe dann mit einer leeren Zigarrenkiste durch die Runde und jeder Gast werfe seine Visitenkarte in diese hinein. Den fünften Preis ziehe die anwesende Kellnerin und die weiteren Preise würden vom vorangehenden Gewinner gezogen. Die Fotos würden als Nachweis dafür, dass die Preise tatsächlich verlost würden, dienen. Nach der Preisverleihung würden die ersten Gäste die Veranstaltung verlassen. Der Verdächtige vermute, dass die Zigarren aus der EC stammen würden. Die Veranstaltung sei ua. ein Werbeabend für die EC. Der Bw. gebe bei der Veranstaltung bekannt, dass die Preise aus der EC stammen würden. Der Verdächtige habe dem Bw. am 3. September 2007 € 50,00 Wechselgeld mitgebracht und dieser habe ihm ein € 50,00-Schein zurückgegeben. Bei der Zusammenstellung der

Zigarrensorten berücksichtige der Bw. auch die Wünsche der Gäste. Clubabende mit Zusatzprogramm (Weinverkostung oder CD-Präsentation) hätten nur vier- bis fünfmal stattgefunden. Der Bw. sei sich sicher gewesen, dass es mit dem Weiterverkauf der Zigarren keine rechtlichen Probleme geben würde und der Verdächtige sei auch davon ausgegangen.

In der schriftlichen Stellungnahme vom 6. November 2007 brachte der Bw. im Wesentlichen wie folgt vor:

Er arbeite als Konsulent bei der R s.r.o., die in der EC in Tschechien unweit der österreichischen Grenze ein Geschäft mit Parfums, Süßigkeiten, Spirituosen und Tabakwaren betreibe. Der Club X, bei dem es sich um ein Treffen von Zigarrenliebhabern handle, werde von GP organisiert und finde einmal im Monat im Hotel X statt. Der Club X habe drei bis vier Jahre bestanden. Es habe in der Vergangenheit insgesamt ca. 35 Clubveranstaltungen gegeben, an denen der Bw. aber auch nicht immer teilgenommen habe. Der Beitrag des Bw. zu den Clubabenden sei ein vom Bw. gehaltener Fachvortrag zum Thema Zigarren und die Mitnahme von ausgewählten Zigarrenspezialitäten zur Verkostung. Da gewisse Zigarrenspezialitäten in Österreich nicht erhältlich seien, habe der Bw. beschlossen, diese aus dem Ausland mitzubringen und den Besuchern des Club X zum Selbstkostenpreis (dh. zum Einkaufspreis ohne Aufschlag) zur Verfügung zu stellen. Der Vorwurf, dass er die Zigarren im Rahmen des Club X verkauft habe, sei daher unberechtigt. Die Zigarren würden zum Großteil aus der EC stammen, wo er diese im Shop gekauft und gleich an der Kassa bezahlt habe. Der Bw. habe die Zigarren selbst nach Österreich gebracht. Da die Clubabende nur einmal im Monat stattgefunden hätten, der Bw. jedoch fast täglich in der EC gewesen sei, habe der Bw. die gesamte, im Rahmen des Club X benötigten Zigarren nach Österreich verbringen können, ohne jemals die erlaubte Höchstmenge zu überschreiten. Die Zigarren seien vom Bw. auch nur in geringen Mengen abgegeben worden. Im Rahmen der Clubabende habe jeweils eine Verlosung stattgefunden, bei der die Besucher insgesamt drei bis vier Preise (Zigarren) hätten gewinnen können. An der Verlosung habe jeder Besucher des Club X teilnehmen können, der seine Visitenkarte zuvor in einen im Eingangsbereich aufgestellten Korb eingeworfen habe. Für die Teilnahme an der Verlosung habe kein Entgelt entrichtet werden müssen. Die verlost Zigarren habe der Bw. im Rahmen seiner Konsulententätigkeit von der R s.r.o. gratis bekommen. Der Bw. habe Fotos von der Gewinnübergabe für eigene Zwecke angefertigt. Die von der Finanzstrafbehörde beschlagnahmte Liste mit den Verlosungspreisen habe der Bw. auf seinem privaten Computer für jeden Clubabend individuell zusammengestellt. Da die Preise aus dem Kontingent, das er von der R s.r.o. gratis bekommen habe, gestammt hätten, trage die Liste die Überschrift "Preise zur Verfügung gestellt von BS – EC". Der Bw. habe diese

Liste der R s.r.o. weder gezeigt noch sie darüber informiert. Als Konsulent der EC sei dem Bw. die Beratung bei der Auswahl von Zigarrenspezialitäten sowie die Herstellung von Kontakten mit Lieferanten obgelegen. In Marketingaktivitäten der R s.r.o. sei der Bw. nur insoweit involviert gewesen, als er "Kunden-Mailings" und Inserattexte entworfen habe, die sodann von der R s.r.o. freigegeben und versendet bzw. an Fachzeitschriften übermittelt worden seien. Die beschlagnahmten Preislisten der EC und der S-AG hätten ausschließlich der Information der Besucher gedient, wo welche Zigarrenspezialitäten erhältlich seien. Über die EC-Preislisten verfüge der Bw. aufgrund seiner Tätigkeit als Konsulent der R s.r.o., über jene der S-AG aufgrund seiner zahlreichen geschäftlichen Kontakte mit dieser. Die R s.r.o. und die S-AG hätten seien weder über den Club X noch darüber, dass dort ihre Preislisten aufgelegt seien, informiert gewesen. Im beschlagnahmten Geldbetrag sei € 50,00 an Wechselgeld enthalten. Das restliche Bargeld stamme aus der Ausgabe von 12 Sets zu je € 16,00 zum Selbstkostenpreis. Die Differenz von € 1,00 sei auf einen Rechenfehler des Bw. zurückzuführen. Der Bw. sei noch nicht darüber informiert worden, welche Deliktsverwirklichung man ihm vorwerfe. Nach Ansicht des Bw. würden die im Rahmen des Club X verlost oder abgegebenen Zigaretten keinen Eingangsabgaben unterliegen. Dies folge unmittelbar aus § 29 TabStG 1995, wonach Tabakwaren, die eine natürliche Person selbst in das Steuergebiet bringe, steuerfrei seien, soweit sie für private und nicht für gewerbliche Zwecke bestimmt seien. § 29a Abs. 1 Z 1 TabStG 1995 schränke diese Regelung für Zigarren bis Ende 2006 ein. Der Bw. habe mit den nach Österreich verbrachten Zigarren keinerlei Gewinn erzielt, da er diese zum Selbstkostenpreis abgegeben oder verlost habe, ohne für die Teilnahme an der Verlosung ein Entgelt zu verlangen. "Gewerbsmäßig" sei nur eine auf Dauer angelegte, planmäßige, wirtschaftliche Tätigkeit zur Erzielung von Gewinnen. Solange die Übergangsregelung des § 29a TabStG 1995 gegolten habe, habe der Bw. überdies die darin festgelegte Höchstmenge von fünf Zigarren niemals überschritten. Auch danach habe er Zigarren lediglich in geringen Mengen eingeführt. Ähnliches gelte auch für § 44 Abs. 1 bzw. § 45 Abs. 1 FinStrG. Es liege kein Verstoß vor, wenn Handel mit Tabakerzeugnissen – soweit man von einem solchen bei der Verlosung bzw. Abgabe von Tabakwaren zum Selbstkostenpreis überhaupt von einem solchen sprechen könne – betrieben werde, für die Tabaksteuer entrichtet worden oder die von der Tabaksteuer befreit seien. Sofern der Bw. nach Ansicht der Finanzstrafbehörde gegen die zuvor genannten Bestimmungen verstoßen habe, liege jedenfalls ein entschuldbarer Irrtum nach § 9 FinStrG vor. Der Bw. habe sich genau über die gesetzlichen Vorschriften informiert, er habe jedoch aus dem Gesetz nicht ablesen können, dass die Verbrauchsteuerbefreiung auch dann entfalle, wenn der Importeur mit den Tabakwaren zwar keinen Gewinn erziele, aber diese nicht selbst

konsumiere, sondern an Dritte weitergebe. Es gebe hierzu keine einschlägige Judikatur und keine veröffentlichten Richtlinien von Behörden, die der Bw. hätte kennen müssen. Die Rechtsansicht des Bw. könne auch nicht als unvertretbar bezeichnet werden. Es komme häufig vor, dass Herren Damenparfums zollfrei einkaufen würden, um diese ihren Ehefrauen zu schenken oder dass Nichtraucher Tabakwaren einführen würden, um diese ihren Freunden mitzubringen. Der Bw. sei noch nie mit der Vorstellung konfrontiert worden, dass dies unzulässig sei und im Rahmen der Reisefreiheit eingeführte Waren jedenfalls persönlich vom Reisenden zu verbrauchen seien, aber nicht weitergeschenkt oder zum Selbstkostenpreis Freunden zur Verfügung gestellt werden dürften. Ein gegen den Bw. erhobener Vorwurf dieser Art habe "Ende 2001" mit der Einstellung des Verfahrens geendet. Der Bw. habe daher weiterhin annehmen dürfen, dass seine Rechtsansicht zutreffend sei. Die Menge von 50 Zigarren eigne sich bei durchschnittlichen Verbrauchsgewohnheiten keinesfalls für den persönlichen Gebrauch, sondern es liege auf der Hand und sei allgemeine Praxis, dass die erworbenen und nach Österreich eingeführten Zigarren an Bekannte verschenkt oder zum Selbstkostenpreis abgegeben würden, ohne dass Bedenken an der Rechtmäßigkeit dieser Handlung bei den mit den rechtlichen Werten verbunden Menschen aufkommen würden. Die Freimenge liege nach Auslaufen der Übergangsregelung seit 1. Jänner 2007 sogar bei 200 Zigarren. Die österreichische Finanz nehme offensichtlich den Standpunkt ein, dass die nach der EU-Richtlinie festgesetzten Richtmengen zum privaten Gebrauch mit einem Eigengebrauch gleichzusetzen seien. Vergleiche man diese Rechtsansicht jedoch mit der Regelung der Deutschen Zollverwaltung, falle auf, dass in Deutschland EU-konform unter der Richtmenge nicht jene Menge an Tabakwaren verstanden werde, die nur dem Eigengebrauch diene, sondern vielmehr zwischen privatem und gewerblichem Verbrauch unterschieden werde. Auch im privaten Bereich seien aber jene Richtmengen nicht nur dazu bestimmt, oder müssten nicht dazu bestimmt sein, dem Eigenverbrauch zu dienen. Vielmehr sei auf einen nicht gewerblichen, privaten Gebrauch abzustellen. Deswegen sei etwa bei Überschreitung von Freimengen der Beweis zulässig, dass auch diese höhere Menge dem privaten Gebrauch diene. Kein Mensch werde annehmen können, dass bei einer einmaligen Einfuhr von mehr als 200 Zigarren ein gerechtfertigter privater Gebrauch nur in einem Eigenverbrauch liegen könne. Privater Gebrauch sei vielmehr alles, was weder zum Handel noch zu gewerblicher Verwendung bestimmt sei.

Mittels schriftlicher Stellungnahme vom 7. November 2007 gab die R s.r.o. im Wesentlichen wie folgt Auskunft:

Die EC s.r.o. sei eine rein "liegenschaftsverwaltende" Gesellschaft. Bei der Bezeichnung EC handle es sich um den Namen oder die Etablissementbezeichnung des gesamten Einkaufszentrums an der österreichischen Grenze. Ein Teil davon, bestehend aus dem Geschäft ua. für Parfüms, Süßwaren, Spirituosen und Tabakwaren, werde von der R s.r.o. betrieben. Der Bw. sei als Konsulent für die R s.r.o. tätig. Er sei ausgewiesener Experte für Zigarren und berate die R s.r.o. bei der Auswahl und bei der Lagerung der im Shop der R s.r.o. verkauften Zigarren. Weiters verfüge er über ausgezeichnete Kontakte zu Lieferanten. Es sei daher auch seine Aufgabe, die Kontakte zwischen der R s.r.o. und den Lieferanten herzustellen sowie Bestellungen gemeinsam mit der R s.r.o. abzuwickeln. Marketingaktivitäten würden nicht zum Aufgabenbereich des Bw. gehören. Sämtliche Werbemaßnahmen für die R s.r.o. würden ausschließlich von der R s.r.o. beauftragt und durchgeführt. Der Bw. sei in keiner Weise in den Weiterverkauf an Kunden bzw. damit im Zusammenhang stehende Werbemaßnahmen involviert. Gelegentlich werde der Bw. damit betraut, die Texte für "Zigarren-Kunden-Mailings" oder Inserate für Fachzeitschriften zu entwerfen. Diese Texte würden aber anschließend von der R s.r.o. freigegeben und an die Kunden versendet bzw. den Fachzeitschriften übermittelt. Zigarrenverkaufsabende in Österreich seien nicht im Auftrag der EC s.r.o. veranstaltet worden. Die R s.r.o. habe keine Kenntnis vom Club X gehabt. Sie habe dem Bw. daher weder Zigarren noch Zigarillos zur Verfügung gestellt. Monatlich habe der Bw. allerdings ein kleines Kontingent an Zigarren erhalten. Es habe sich dabei um Zigarren gehandelt, die kaputt oder unverkäuflich gewesen seien. Der Bw. bekomme auch Muster von den Neuheiten im Sortiment, um selbst die Qualität der Produkte überprüfen zu können. Der R s.r.o. sei nicht bekannt, was der Bw. mit diesen Zigarren mache. Es handle sich bei diesen Zigarren um ca. 20 Stück/Monat, die er in mehreren Tranchen erhalte. Es seien dem Bw. zwar keine Preislisten zur Verfügung gestellt worden, der Bw. habe aber als Konsulent der EC Zugang zu solchen Preislisten gehabt. Preislisten der Zigarren der R s.r.o. seien außerdem jedem Kunden zugänglich und würden an der Kassa in der Zigarrenabteilung zur Mitnahme bereitliegen. Die Zigarrenabende des Club X seien von der R s.r.o. nicht mit Lospreisen versorgt worden. Das dem Bw. zur Verfügung gestellte Kontingent an Zigarren sei in der Buchhaltung als Ausschussware vermerkt worden. Es sei keine Trennung von der tatsächlichen Ausschussware erfolgt. Die Gratiszigarren seien dem Bw. von einem Mitarbeiter der R s.r.o. übergeben worden. Die R s.r.o. habe jedenfalls selbst keine Zigarren für den Bw. nach Österreich verbracht.

Mit Bescheid vom 17. November 2008 leitete das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde

1. Instanz das Strafverfahren gemäß § 83 Abs. 1 FinStrG gegen den Bw. ein.

Am 17. November 2008 wurden 20 Stück der beschlagnahmten Zigarren an den Bw. ausgefolgt. Ein Teilbetrag von € 50,00 des og. beschlagnahmten Geldbetrages wurde an den Bw. ebenfalls im November 2008 zurückgezahlt.

Mit Beschwerdeentscheidung vom 24. Februar 2009 wies der Finanzstrafsenat Wien 6 des UFS die gegen die Einleitung des Finanzstrafverfahrens erhobene Beschwerde als unbegründet ab. Der Verwaltungsgerichtshof wies die gegen die genannte Entscheidung des UFS erhobene Beschwerde ebenfalls als unbegründet ab (VwGH 28.5.2009, 2009/16/0052).

Im Einspruch vom 5. Mai 2009 gegen die Strafverfügung gemäß § 143 FinStrG der Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 1. April 2009 brachte der Bw. im Wesentlichen wie folgt vor:

Der Bw. habe die Zigarren selbst nach Österreich gebracht und sich bei der Einfuhr immer an die im TabStG 1995 festgelegte Höchstgrenze gehalten. Ein Überschreiten dieser Höchstmenge sei nicht notwendig gewesen, da der Bw. fast täglich zwischen Tschechien und Österreich unterwegs gewesen sei und die Clubabende nur einmal im Monat stattgefunden hätten. Die Einfuhr sei stets nur zum Privatgebrauch, nämlich zur Verkostung durch die Freunde des Bw. im Rahmen des Club X sowie zur Verlosung in diesem Rahmen erfolgt. Die Teilnahme an der Verlosung sei überdies kostenlos gewesen. Die Einfuhr sei somit nie für gewerbliche Zwecke erfolgt. Der Bw. habe die Zigarren nur zum Selbstkostenpreis weitergegeben. Von einer Gewerbsmäßigkeit könne daher keine Rede sei. Auch außerhalb der Clubabende habe der Bw. niemals Zigarren zu gewerblichen Zwecken verkauft. Dass die Einfuhr zu privaten Zwecken nur dann steuerfrei sei, wenn der Importeur die Zigarren selbst rauche, sei nach dem Gesetzeswortlaut des § 29 TabStG 1995 keine Voraussetzung. Die Weitergabe für nicht gewerbliche Zwecke löse somit keine Steuerschuld aus. Eine gegenteilige Ansicht wäre EU-rechtlich unhaltbar. Aufgrund der Steuerfreiheit würde nicht einmal der Handel mit diesen Waren gegen das Tabakmonopol verstoßen. Hinzu komme, dass der Bw. sich stets an die zahlenmäßige Beschränkung für die Einfuhr aus Tschechien nach § 29a TabStG 1995 gehalten habe. Auf dieses Vorbringen sowie die Zeugeneinvernahmen, die insbesondere das Vorbringen, dass der Bw. keine Bestellungen entgegengenommen und keine Zigarren gewerbsmäßig veräußert habe, untermauert hätten, sei die Behörde nicht eingegangen. Hinzu komme, dass die Behörde dem Bw. zunächst den Schmuggel von 88 Stück Zigarren der Vergleichsmarke Juan Clemente Rothschild vorwerfe, in der Folge jedoch ohne jegliche Begründung auf Wertersatz für 294 Stück Zigarren dieser Marke erkenne. Da sich der Bw. stets an die im TabStG 1995 vorgeschriebenen Höchstgrenzen gehalten habe und die Einfuhr der Zigarren nicht für gewerbliche Zwecke erfolgt sei, sei weder die Einfuhr der

Zigarren nach Österreich noch die Weitergabe zum Zweck der Verkostung rechtswidrig. Es liege somit kein Finanzvergehen vor und das Verfahren sei gemäß § 124 Abs. 1 iVm § 82 Abs. 3 lit. b FinStrG einzustellen. Selbst wenn das Verhalten des Bw. einen Verstoß gegen das FinStrG bilden würde, würde jedenfalls ein entschuldbarer Irrtum im Sinne des § 9 FinStrG vorliegen. Der Bw. habe nie die gesetzlich festgelegten Höchstmengen überschritten und mit der Weitergabe der Zigarren keinen Gewinn erzielt, sondern diese vielmehr gratis bzw. zum Selbstkostenpreis abgegeben. Aus dem Gesetz ergebe sich jedoch nicht, dass die Verbrauchsteuerbefreiung auch dann entfalle, wenn der Importeur mit den Tabakwaren zwar keinen Gewinn erziele und auch keine Gewinnerzielung beabsichtige, sondern die Zigarren, anstatt sie selber zu konsumieren an Dritte weitergebe. In diesem Zusammenhang gebe es auch keine einschlägige Judikatur oder veröffentlichte Richtlinien von Behörden, die der Bw. hätte kennen müssen. Da sich die Rechtsansicht des Bw. mit dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut sowie dem EU-Recht decke und es in der Praxis allgemein üblich sei, dass eingeführte Waren nicht stets nur selbst konsumiert, sondern auch an Freunde sowie an die Familie weitergegeben würden und auch in den Medien der Eindruck erweckt werde, dass Mitbringsel legal seien, sei die Rechtsansicht des Bw. jedenfalls vertretbar. Die Ansicht der österreichischen Finanz, dass die nach der EU-Richtlinie festgesetzten Richtmengen zum privaten Gebrauch mit einem Eigengebrauch gleichzusetzen seien, befinde sich nicht nur nicht im Einklang mit dem EU-Recht, sondern sei dem Bw. zur Zeit der Einfuhr auch nicht bekannt gewesen. Daher wäre selbst dann, wenn der Bw. ein Finanzvergehen begangen hätte, das Verfahren gemäß § 124 Abs. 1 iVm § 82 Abs. 3 lit. c FinStrG einzustellen. In diesem Zusammenhang verweise der Bw. auch auf seine am 16. April 2009 eingebrachte Verwaltungsgerichtshofbeschwerde. Als Beweis für die Richtigkeit seines Vorbringens verweise der Bw. auf seine Aussage sowie die Zeugenaussagen der ebenfalls vernommenen Mitglieder des Club 25. Zum Beweis dafür, dass in den Medien der Eindruck erweckt werde, dass Mitbringsel erlaubt seien, lege der Bw. die Artikel "Blauer Dunst, schwarz geraucht" und "Mehr Einfuhr, aber weniger Schmuggel" im Kurier vom 18. und 19. März 2009 vor.

In der mündlichen Verhandlung vom 15. Dezember 2009 sagte der Bw. im Wesentlichen wie folgt aus:

Er bekenne sich nicht schuldig. Seit dem Jahre 1997 sei er für die R s.r.o. tätig. Bis zum Jahre 2000 bzw. 2001 sei er im Bereich Zigarren für den gesamten Einkauf, die Preiskalkulation und die Kundenliste zuständig gewesen. Neidern sei es gelungen, das Vertrauen des RS in ihn so weit zu erschüttern, dass er statt einer Anstellung seither nur mehr auf Basis eines Konsulentenvertrages mit geringem Entgelt für die genannte Firma tätig sei. Bereits im Jahre

1997 sei er von einem ehemaligen Lieferanten zu einem Zigarrenabend im damaligen "S" eingeladen worden. Es habe ein "tolles" Menü und dazu zwei Zigarren sowie Verlosungen mit Sachpreisen gegeben. Als Zigarrenliebhaber habe er dies sehr genossen und begonnen, das eine oder andere Mal Zigarren zur Verlosung mitzubringen. Nach dem Umbau des Hotels XH sei er vom Hotelchef ersucht worden, solche Zigarrenabende auch im Hotel X zu veranstalten. Er hätte sein Wissen über Zigarren in spontanen Vorträgen über die vom Hotel zur Verfügung gestellten Zigarren weitergeben sollen. Auch hier habe er Zigarrenpäckchen (3-4 zu je 5 Stück) als Sachpreise für die Verlosungen mitgebracht. Der Bw. habe nie Bestellungen entgegengenommen. Er habe kein geschäftliches Interesse, keinen Profit und es handle sich um keine Werbetätigkeit für die R s.r.o. Allerdings habe er schließlich teilweise die Zigarren zu den Treffen mitgebracht und zum Selbstkostenpreis weitergegeben. Die Zigarren seien nicht im Preis für das Menü enthalten gewesen. Der Bw. unterscheide nicht zwischen Gebrauch und Verbrauch. Für ihn mache es keinen Unterschied, ob er die Zigarren selbst rauche oder ohne Profit weitergebe. Bei allen weitergegebenen Zigarren handle es sich um solche aus den Beständen der R s.r.o. Dem Bw. sei bekannt, dass Zigarren nur von lizenzierten Händlern weiterverkauft werden dürften. Er habe die Zigarren nicht im Sinne des § 5 Abs. 3 und Abs. 4 TabMG 1996 verkauft, sondern auf einer privaten Veranstaltung ohne jeglichen Gewinn weitergegeben. Es habe keinerlei Sponsoring der R s.r.o. bei den Treffen gegeben und auch keine Zuschüsse für Werbung. Die Preislisten hätten von der E s.r.o. und auch von anderen Großhändlern gestammt und hätten der Information der Teilnehmer der Clubveranstaltungen gedient. Im Vergleich zur Information solle Werbung nach seinem Verständnis den Interessenten auf die Seite des Werbenden bringen. Ein Teil der weitergegebenen Zigarren hätte aus der Schweiz gestammt. Der Bw. habe sich immer Gedanken darüber gemacht, dass die Zigarren rechtmäßig nach Österreich verbracht würden, weil er sich immer innerhalb der Freigrenze bewegt habe und oft in Tschechien gewesen sei. Teilweise habe er auch Zigarren dabeigehabt, die weder in Österreich noch bei der E s.r.o. erhältlich seien.

Am 2. Februar 2011 sagte der Bw. in der mündlichen Berufungsverhandlung im Wesentlichen wie folgt aus:

Er bekenne sich nicht schuldig. Der Bw. sei durchschnittlich 25-mal/Monat Zigarren abgabefrei nach Österreich verbracht. In den vielen Jahren sei er einige Male an der Grenze kontrolliert worden. Es habe nie eine Beanstandung gegeben. Eine Zigarre, die legal eingeführt werde, könne später nicht geschmuggelt werden. Er betrachte es nicht als Verkauf, wenn er einer mit ihm befreundeten Person eine Zigarre zum Preis, den er bezahlt habe, weitergebe. Der Club X sei nie ein formeller Club gewesen. Es habe nie ein Hinweisschild

gegeben, sondern nur eine Tafel "10. Stock". Juristisch sei er ein Laie, er sei aber durch seine 30-jährige Tätigkeit als Journalist vorbelastet. Während dieser Zeit habe er sich 10 oder 12 Jahre lang mit Medien- und Justizkritik beschäftigt. Er habe sich nicht bei einer Zollbehörde erkundigt. Mit dem Verfahren, dass "Ende 2001" eingestellt worden sei, habe der Bw. ein Verfahren gemeint, das gegen den ehemaligen Restaurantleiter des "S" durchgeführt worden sei. Das Verfahren sei weder mit Bescheid eröffnet noch mit Bescheid eingestellt worden. Der Bw. sei damals als Beschuldigter vernommen worden und es sei ihm "vorgeworfen" worden, dass er Waren, die nicht verzollt worden seien, nicht verschenken dürfe. Der Bw. sei starker Raucher. Er rauche täglich zwischen 5 und 8 Stück Zigarren. Zwischen den Aussagen des GP und seinen Aussagen bestehe ein Widerspruch, den der Bw. aufklären wolle. GP habe dem Bw. eventuell mit seiner Aussage helfen wollen. Das stehe aber nicht im Zusammenhang mit der Tätigkeit des Bw. bei der R s.r.o. Diese Tätigkeit habe es nur dem Bw. ermöglicht, an bestimmte Zigarren und Informationen zu gelangen. Die Mitnahme von Zigarren habe sich "schleichend" ergeben. Der Bw. habe aus einem gewissen Loyalitätsbewusstsein Zigarren zum Selbstkostenpreis verkauft. Wenn das jemand als Werbung auffasse, solle er. Es sei wesentlich, dass sich der Bw. mit dem TabStG 1995 befasst habe. Durch eine Recherche im Internet habe er herausgefunden, dass in Deutschland zwischen Eigenverbrauch und Eigengebrauch unterschieden werde. Es sei für den Bw. nicht einsichtig, dass legal importierte Zigarren nachträglich zur Schmuggelware würden, wenn er diese an Freunde weitergebe und sich für seinen Aufwand entschädigen lasse. Der Bw. habe sich schon bei seiner ersten Einvernahme gegen das Wort "Verkauf" gewehrt. Er wehre sich auch dagegen, dass sein damals geäußelter Wunsch, mit seinem Anwalt sprechen zu wollen, gegen ihn verwendet werde.

Der Verteidiger führte am 2. Februar 2011 in der mündlichen Berufungsverhandlung die schriftliche Berufung aus und beantragte, der Berufung stattzugeben und das Verfahren ersatzlos einzustellen.

Der Bw. hat ausgesagt, dass er die Zigarren je nach Bedarf bei den Clubtreffen zum größten Teil in der EC gekauft hat. Er hat nicht bestritten, dass er die Zigarren und Zigarillos aus Tschechien nach Österreich verbracht hat, ohne eine Zollbehörde bzw. Grenzübergangsstelle darüber zu informieren, und dass er diese Tabakwaren in Österreich verkauft hat. Die og. Teilnehmer/-innen der Clubveranstaltungen haben ausgesagt, dass sie bzw. in einem Fall ein Ehegatte einer der Teilnehmerinnen vom Bw. insgesamt mindestens 294 Stück Zigarren gekauft haben. GP hat ausgesagt, dass die Clubabende gleichzeitig Werbeabende für die EC gewesen seien. Der Bw. ist Konsulent der R s.r.o. und hat anlässlich der Clubabende

Preislisten der EC aufgelegt. Bei den Verlosungen hat der Bw. die Gäste darüber informiert, dass die Preise von der EC stammen würden. Die Einfuhren der Zigarren und Zigarillos durch den Bw. sind daher keine Einfuhren ohne kommerziellen Charakter im Sinne des Art. 45 ZBefrVO gewesen bzw. sind nicht zu privaten Zwecken im Sinne des § 29 Abs. 1 TabStG 1995 erfolgt. Sie erfüllen somit weder die Voraussetzungen der Befreiung von den Einfuhrabgaben nach Art. 45 ZBefrVO noch jene der Steuerfreiheit nach § 29 TabStG 1995. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Abgabentatbestand des § 27 Abs. 2 TabStG 1995 (auch) dann erfüllt ist, wenn sich die Zweckbestimmung von Tabakwaren, die zunächst nicht für gewerbliche Zwecke in das Steuergebiet verbracht worden sind, nach deren Verbringen ändert. Die Verwendung von Zigarren als Demonstrationsobjekte für die Funktionsweise von Humidoren stellt jedenfalls eine – für die Steuerfreiheit nach § 29 Abs. 1 TabStG 1995 schädliche Verwendungsänderung der in das Steuergebiet verbrachten Zigarren dar (vgl. VwGH 10.7.2008, 2005/16/0077). Der Verkauf der og. Zigarren durch den Bw. im Rahmen der Clubabende ist als gewerbsmäßig im Sinne des § 5 TabMG 1996 zu beurteilen (auf Seite 3 des angefochtenen Erkenntnisses hat der Spruchsenat beim Zollamt Wien lediglich gemeint, dass dem Bw. keine Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 38 FinStrG vorzuwerfen sei). Handel im Sinne des § 5 TabMG 1996 ist auch der Verkauf von Tabakwaren zum Selbstkostenpreis. Der Verkauf von Tabakwaren ist lediglich den im § 5 TabMG 1996 genannten Tabaktrafikanten und Großhändlern vorbehalten.

Ein Rechtsirrtum liegt vor, wenn der Täter darüber irrt, dass ein bestimmtes Verhalten, das er in seiner objektiven Beschaffenheit richtig erkannt hat, rechtlich verboten ist. Es handelt sich daher um einen Irrtum über Verbotsnormen, somit um einen Verbotsirrtum. Der Täter handelt schon dann mit Unrechtsbewusstsein, wenn er sich dessen bewusst ist, dass sein Verhalten gegen die Rechtsordnung verstößt. Das Unrechtsbewusstsein muss zwar tatbildbezogen sein, setzt aber nicht die Kenntnis der jeweiligen Normen in ihren Einzelheiten voraus, sondern lediglich das allgemeine Wissen um das rechtliche Verbotensein eines Verhaltens (VwGH 18.5.2006, 2005/16/0260).

Ein Irrtum im Sinne des § 9 FinStrG ist entschuldbar, wenn der Täter ohne jedes Verschulden, also auch ohne Verletzung seiner Sorgfaltspflicht, in einer Handlungsweise weder ein Finanzvergehen noch ein darin liegendes Unrecht erkennen konnte. Ist der Irrtum nicht entschuldbar, so kann dem Täter ein Schuldausschlussgrund nicht zugerechnet werden. Wohl aber hat der Täter Fahrlässigkeit zu verantworten, wenn der Irrtum unentschuldbar ist (vgl. VwGH 18.5.2006, 2005/16/0260).

Auch die irrige Gesetzesauslegung ist ein Rechtsirrtum, die den Bw. nicht zu entschuldigen vermag, wenn nach seinem ganzen Verhalten nicht angenommen werden kann, dass sie unverschuldet war und dass er das Unerlaubte seines Verhaltens nicht einsehen konnte (vgl. VwGH 29.9.1993, 93/02/0126).

Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht einer Objektivierung einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung durch geeignete Erkundigungen. Wer es verabsäumt, sich bei der zuständigen Behörde zu erkundigen, trägt das Risiko des Rechtsirrtums (vgl. VwGH 27.3.2002, 99/13/0027).

Die vom Bw. behauptete Einstellung des Verfahrens im Jahre 2001 hat sich als Schutzbehauptung erwiesen.

Nach dem Grundsatz "In dubio pro reo" ist von einer irrigen Gesetzesauslegung und damit von einem Rechtsirrtum des Bw. auszugehen. Der Rechtsirrtum ist jedoch nicht entschuldbar, weil der Bw. seine Rechtsauffassung nicht durch geeignete Erkundigungen objektiviert hat. Der Bw. darf daher nur wegen eines fahrlässigen Verhaltens bestraft werden.

Der Senat erachtet es daher als erwiesen, dass der Bw. im Zeitraum Oktober 2002 bis April 2004 die og. 88 Stück Zigarren fahrlässig vorschriftswidrig von Tschechien nach Österreich verbracht, dort fahrlässig veräußert, und somit die Finanzvergehen der Verzollungsumgehung nach § 36 Abs. 1 FinStrG und des fahrlässigen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 45 Abs. 1 FinStrG begangen hat.

Weiters erachtet es der Senat als erwiesen, dass der Bw. im Zeitraum Mai 2004 bis September 2007 die og. Zigarren und Zigarillos fahrlässig unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht von Tschechien nach Österreich verbracht, dadurch fahrlässig eine Abgabenverkürzung bewirkt, sowie die og. 206 Stück Zigarren in Österreich fahrlässig veräußert, und somit die Finanzvergehen der fahrlässigen Abgabenverkürzung gemäß § 34 Abs. 1 FinStrG und des fahrlässigen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 45 Abs. 1 FinStrG begangen hat.

Gemäß § 17 Abs. 1 FinStrG darf auf die Strafe des Verfalls nur in den im II. Hauptstück dieses Abschnittes vorgesehenen Fällen erkannt werden. Der Verfallsausspruch und die Auferlegung des Wertersatzes sind daher ersatzlos aufzuheben.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt:

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters (§ 23 Abs. 1 FinStrG).

Gemäß § 23 Abs. 2 FinStrG sind bei Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

Gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG sind bei Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 34 Abs. 4 FinStrG wird die fahrlässige Abgabenverkürzung mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen des Verkürzungsbetrages (der ungerechtfertigten Abgabengutschrift) geahndet.

Gemäß § 36 Abs. 3 FinStrG wird die Verzollungsumgehung mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen des auf die Ware entfallenden Abgabenbetrages geahndet.

Gemäß § 45 Abs. 2 FinStrG wird der fahrlässige Eingriff in Monopolrechte mit einer Geldstrafe bis zur Hälfte der Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 geahndet.

Hängen gemäß § 21 Abs. 2 FinStrG die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Der Strafrahmen, der sich aus der Anwendung der §§ 21 Abs. 2, 34 Abs. 4, 36 Abs. 3 und 45 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll	€	114,40	
Einfuhrumsatzsteuer	€	128,96	
Tabaksteuer	€	90,38	
Verkürzungsbetrag an Tabaksteuer	€	168,15	
Summe	€	501,89	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG	€	695,20	
Hälfte	€	347,60	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG	€	1.627,40	
Hälfte	€	813,70	

Summe der Bemessungsgrundlagen nach § 45 Abs. 2 FinStrG	€	1.161,30	
Gesamtbetrag	€	1.663,19	

Der Strafrahmen lässt sich daher mit € 1.663,19 begrenzen.

Als Schuldform ist dem Bw. Fahrlässigkeit zuzurechnen.

Als mildernd nahm der Spruchsenat zu Recht den bisher ordentlichen Lebenswandel und die teilweise Sicherstellung der Waren, als erschwerend zu Recht das Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen und die Vielzahl der Angriffe an.

Bei Beurteilung der derzeitigen persönlichen Verhältnisse des Bw. und seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist von einem monatlichen Nettoeinkommen von € 2.000,00 und dem Fehlen von Sorgepflichten auszugehen. Es haben sich somit im Vergleich zu den Feststellungen des Spruchsenates keine wesentlichen Änderungen ergeben.

Aufgrund der Schuldform der Fahrlässigkeit und der Reduzierung des Strafrahmens ist auf eine Geldstrafe von € 500,00 und eine diesbezügliche Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag zu erkennen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 2. Februar 2011